

valsnegatieven in het mededingingsrecht, *SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2020, 7/8, pag. 432 – 439.

Getrouwheidskortingen en de weging van valspositieven en valsnegatieven in het mededingingsrecht

P.W. van Wijck*

Ruim tien jaar geleden publiceerde de Europese Commissie de Richtsnoeren betreffende art. 102 VWEU. Deze vloeien voort uit de meer economische benadering van het mededingingsrecht waarin consumentenwelvaart als toetssteen fungeert. Rechtshandhaving vergt een weging van de kans op valspositieven en de kans op valsnegatieven. Dit artikel onderzoekt hoe deze weging zich heeft ontwikkeld bij de aanpak van een specifieke vorm van misbruik van een dominante marktpositie, namelijk getrouwheidskortingen. De periode tussen het *Hoffmann-La Roche*-arrest en het *Intel*-arrest laat geen lineaire ontwikkeling in de weging van foutkansen zien. De ontwikkeling is wel geconvergeerd. Er is nu sprake van een weerlegbaar vermoeden dat het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik oplevert. Ter beperking van de kans op valspositieven verdient het aanbeveling om de categorie die vermoed wordt misbruik op te leveren zeer te klein te houden.

* Dr. Peter van Wijck is universitair hoofddocent rechtseconomie aan de Universiteit Leiden.

1. Inleiding

Vanuit economisch perspectief lijkt het evident dat het mededingingsbeleid gericht moet zijn op het bevorderen van de welvaart. Daarbij is dan nog enige discussie mogelijk over de vraag of het daarbij exclusief gaat over consumentenwelvaart of om maatschappelijke welvaart, inclusief de welvaart van producenten.¹ Toch is het bevorderen van welvaart oorspronkelijk niet het doel van het Europese mededingingsrecht. De formulering van het Verdrag van Rome (1957) is sterk beïnvloed door ordoliberalen denkers.² Voor hen is mededinging veeleer een doel in zichzelf. Art. 3f Verdrag van Rome spreekt van ‘de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst’.

Tussen 1999 en 2004 heeft Mario Monti zich als Eurocommissaris voor mededinging ingezet om het Europese mededingingsbeleid beter aan te laten sluiten bij moderne economische inzichten.³ Waar dreigt beperking van mededinging te leiden tot welvaartsverliezen en hoe kan daar effectief tegen worden opgetreden? Neelie Kroes, de opvolger van Monti, was minstens even duidelijk: ‘Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources.’⁴ In die visie is mededinging dus geen doel in zichzelf maar een middel ter bevordering van de welvaart van consumenten.

De transitie naar een meer economische benadering is vooral vormgegeven door middel van ‘soft law’, in het bijzonder Richtsnoeren die de Commissie hanteert bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht.⁵ Het sluitstuk wordt gevormd door de in 2009 gepubliceerde

¹ Zie bijvoorbeeld: Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 17-30. Simon Bishop & Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2010 (3e druk), p. 29-32. Gunnar Niels, Helen Jenkins & James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford: Oxford University Press 2016 (2e druk), p. 18.

² Zie hierover: Nicola Giocoli, ‘Competition versus property rights: American antitrust law, the Freiburg School, and the early years of European competition policy’, *Journal of Competition Law & Economics* 2009, 5(4), p. 747-786. En Peter Behrens, ‘The “Consumer Choice” Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law’, [dx.doi.org/10.2139/ssrn.2568304](https://doi.org/10.2139/ssrn.2568304).

³ Toespraak Brussel, 28 oktober 2004, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_04_477.

⁴ Toespraak Londen, 15 september 2005, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_05_512.

⁵ Witt laat zien hoe hierdoor een zekere spanning is ontstaan tussen de door de Commissie gehanteerde meer

‘Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie’ (hierna: art. 102-Richtsnoeren).⁶ De aanpak van misbruik van een dominante marktpositie op basis van art. 102 VWEU is omstreden. Daarbij is de aanpak van getrouwheidskortingen, dat wil zeggen prijssystemen die maken dat afnemers minder moeten betalen naarmate ze meer afnemen, vermoedelijk het meest omstreden deel van het Europese mededingingsbeleid.⁷ Verscheidene auteurs hebben erop gewezen dat, voorafgaand aan de meer economische benadering, de houding ten opzichte van getrouwheidskortingen ronduit vijandig was. En dat die aanpak ertoe leidde dat consumenten juist slechter af werden.⁸ Het probleem is dat het mededingingsbeleid kan leiden tot de eliminatie van kortingssystemen die juist tot een verhoging van de consumentenwelvaart zouden leiden.

Wanneer een mededingingsautoriteit of een rechter moet beoordelen of er in een bepaald geval sprake is van misbruik van een dominante positie, zal dat oordeel in het algemeen moeten worden gebaseerd op onvolledige informatie. Het is onvermijdelijk dat daarbij ‘valspositieven’ en ‘valsnegatieven’ optreden. Van valspositief is sprake indien het oordeel luidt dat er sprake is van misbruik, terwijl het gedrag in feite tot welvaartswinst leidt (‘efficiënt is’). Van valsnegatief is sprake indien het oordeel luidt dat er geen sprake is van misbruik, terwijl het gedrag in feite tot een welvaartsverlies leidt (‘inefficiënt is’).

economische benadering en de meer formele benadering van het Gerecht en het Hof. Anne C. Witt, *The more economic approach to EU antitrust law*, Oxford: Bloomsbury 2016.

⁶ *PbEU* 2009, C 45, 24 februari 2009.

⁷ Hans Zenger, ‘Loyalty Rebates and the Competitive Process’, *Journal of Competition Law & Economics* 2012, Vol. 8, No. 4, p. 717-768, 718.

⁸ Simon Bishop & Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2010, p. 262-263.

Tabel 1. Welvaartsverlies ten gevolge van valspositieven en valsnegatieven

	Inefficiënt	Efficiënt
Misbruik	Terecht positief	Valspositief Welvaartsverlies: stoppen van gedrag dat tot welvaartswinst leidt
Geen misbruik	Valsnegatief Welvaartsverlies: niet stoppen van gedrag dat tot welvaartsverlies leidt	Terecht negatief

Zoals aangegeven in tabel 1 zijn zowel valspositieven als valsnegatieven uit welvaartsoogpunt onwenselijk. Valspositieven leiden tot ‘over enforcement’ en valsnegatieven leiden tot ‘under enforcement’. Mededingingsbeleid is te zien als een balanceer act tussen beide.⁹ Een op de bevordering van welvaart gericht mededingingsbeleid vereist een weging van valspositieven en valsnegatieven.

Dit artikel onderzoekt hoe de weging van valspositieven en valsnegatieven zich heeft ontwikkeld bij de aanpak van getrouwheidskortingen. Paragraaf 2 presenteert een analysekader waarin ‘juridisch onderscheidingsvermogen’ het sleutelbegrip is. Juridisch onderscheidingsvermogen verwijst naar het vermogen om valspositieven en valsnegatieven te vermijden. Paragraaf 3 kijkt, aan de hand van het analysekader uit paragraaf 2, naar bekende zaken waarin getrouwheidskortingen centraal staan. Daarbij komen eerst zaken uit de periode voorgaand aan de art. 102-Richtsnoeren aan bod, in het bijzonder *Hoffmann-La Roche*.¹⁰ Daarna volgt een bespreking van de Richtsnoeren. Ten slotte volgt een bespreking van zaken uit de periode na de Richtsnoeren, in het bijzonder *Intel*.¹¹ Paragraaf 4 geeft een duiding van de ontwikkeling in termen van de weging van valspositieven en valsnegatieven. De laatste paragraaf presenteert de conclusies.

⁹ Gunnar Niels, Helen Jenkins & James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford: Oxford University Press 2016 (2e druk), p. 17.

¹⁰ HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*).

¹¹ HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*).

2. Beslissen op basis van onvolledige informatie

Omdat beslissingen over de vraag of in een bepaald geval sprake is van misbruik worden genomen op basis van onvolledige informatie, zullen onvermijdelijk valspositieven en valsnegatieven optreden. Deze paragraaf zet uiteen hoe, uitgaande van een imperfect juridisch onderscheidingsvermogen, beslissingen in misbruikzaken afhankelijk zijn van de maatschappelijke weging van valspositieven en valsnegatieven.

2.1. Juridisch onderscheidingsvermogen

Om uit te drukken in welke mate het lukt om valspositieven en valsnegatieven te vermijden, spreken Kirstein en Schmidtchen van ‘juridisch onderscheidingsvermogen’.¹² Ze definiëren het begrip aan de hand van twee conditionele kansen. De kerngedachte kan worden geïllustreerd aan de hand van een medische test. Het afnemen van een medische test is erop gericht om onderscheid te maken tussen mensen die een bepaalde ziekte hebben en mensen die de ziekte niet hebben. Het onderscheidingsvermogen van de test kan worden gekarakteriseerd aan de hand van twee conditionele kansen: (1) hoe groot is de kans dat iemand positief test gegeven dat hij feitelijk de ziekte heeft? en (2) hoe groot is de kans dat iemand negatief test gegeven dat hij feitelijk de ziekte niet heeft?

Waar het afnemen van een medische test bedoeld is om onderscheid te maken tussen mensen die ziek zijn en mensen die niet ziek zijn, gaat het in het mededingingsbeleid om het maken van onderscheid tussen gedragingen die bijdragen aan de welvaart (‘efficiënt zijn’) en gedragingen die afbreuk doen aan de welvaart (‘inefficiënt zijn’).

In tabel 2 is t de kans dat de toepassing van een bepaalde kortingssystematiek als misbruik wordt aangemerkt, gegeven dat de systematiek feitelijk inefficiënt is. Daarbij staat t voor ‘terecht’; t wordt ook wel de ‘terecht positief ratio’ genoemd. En v is de kans dat de toepassing van een bepaalde kortingssystematiek als misbruik wordt aangemerkt, gegeven dat de systematiek feitelijk efficiënt is. Daarbij staat de v voor ‘vals’, waarbij v ook wel de ‘valspositief ratio’ wordt genoemd.

¹² Roland Kirstein & Dieter Schmidtchen, ‘Judicial detection skill and contractual compliance’, *International Review of Law and Economics* 1997, 17, p. 509-520.

Tabel 2. Juridisch onderscheidingsvermogen

	Inefficiënt	Efficiënt
Misbruik	t	v
Geen misbruik	$1 - t$	$1 - v$

Er is sprake van een perfect onderscheidingsvermogen indien $t = 1$ en $v = 0$. Dan en alleen dan wanneer gedragingen feitelijk afbreuk aan de welvaart doen, worden ze als misbruik aangemerkt. Er is geen enkel onderscheidingsvermogen indien $t = v$. De kans dat een gedraging als misbruik wordt aangemerkt is dan onafhankelijk van de feitelijke omstandigheden. En er is sprake van een onvolmaakt maar positief onderscheidingsvermogen indien $1 > t > v > 0$.

Tabel 3 toont een voorbeeld met een positief onderscheidingsvermogen. In het voorbeeld zijn er 100 inefficiënte gevallen en 84 daarvan worden als misbruik bestempeld, zodat $t = 0,84$. Er zijn ook 100 efficiënte gevallen en 36 daarvan worden als misbruik bestempeld, zodat $v = 0,36$. Van de 120 die als misbruik worden bestempeld, zijn er 84, dat wil zeggen 70%, ook feitelijk inefficiënt. Maar dat betekent dus ook dat de autoriteit in 30% van de gevallen waarin misbruik is geconstateerd fout zit.

Tabel 3. Voorbeeld

	Inefficiënt	Efficiënt	Totaal
Misbruik	84	36	120
Geen misbruik	16	64	80
Totaal	100	100	200

De conditionele kansen (hier $t = 0,84$ en $v = 0,36$) vormen geen vaststaand gegeven voor een mededingingsautoriteit. Ze zijn afhankelijk van een keuze van een beslissingsstandaard. Waar trekt men de streep tussen misbruik en geen misbruik? Wat is de beslissingsstandaard?

2.2. De beslissingsstandaard

Het belang van de beslissingsstandaard voor het optreden van valspositieven en

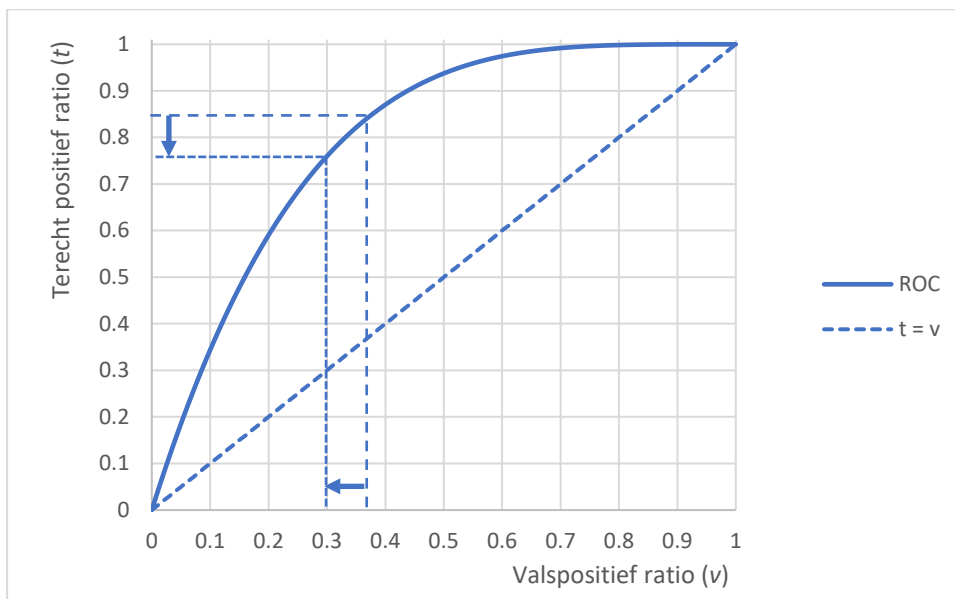
valsnegatieven, kan eenvoudig worden geïllustreerd aan de hand van dopingcontroles. Met dopingcontroles wordt getracht onderscheid te maken tussen sporters die wel en geen doping hebben gebruikt. Ook bij dopingcontroles doen zich valspositieven en valsnegatieven voor. Een gestileerd voorbeeld illustreert de problematiek. Stel dat een vorm van doping, zeg epo, ertoe leidt dat de concentratie rode bloedlichaampjes in het bloed sterk toeneemt. Een hoge concentratie rode bloedlichaampjes zou dan op dopinggebruik wijzen. Het probleem is alleen dat ook bij een deel van de niet-dopinggebruikers hogere concentraties voorkomen. De kans op valspositieven en valsnegatieven is dan afhankelijk van de gekozen grenswaarde. Naarmate een hogere grenswaarde wordt gekozen, worden v en t lager. Oftewel: hoe stringenter de toets des te minder gevallen ‘aan de bovenkant’ in de tabel belanden. Een analoge redenering is van toepassing op beslissingen in misbruikzaken. Door stringenter te toetsen, dat wil zeggen meer informatie te vereisen voordat kan worden geconcludeerd dat er sprake is van misbruik, kunnen valspositieven worden teruggedrongen maar zullen tegelijkertijd minder terecht positieven worden gerealiseerd.

2.3. De ROC-curve

Een veelvuldig gebruikt instrument bij de boordeling van beslissingen die tot valspositieven en valsnegatieven kunnen leiden, is de zogenaamde ROC-curve.¹³ De curve geeft weer welke combinaties van t en v bij de toepassing van een test mogelijk zijn. De feitelijke combinatie is afhankelijk van de gekozen beslissingsstandaard. Hoe dat verband er in een concreet geval precies uitziet, is natuurlijk een empirische vraag. In het algemeen kent de ROC-curve een bolvormig verloop. Figuur 1 schetst een typisch verloop. Hoe ‘boller’ de curve verloopt, des te beter de test. Een perfecte test leidt tot een ‘haakse’ ROC-curve ($t = 1$ en $v = 0$). Een test zonder enig onderscheidend vermogen leidt tot $t = v$. De helling van de ROC-curve zegt iets over ‘de prijs’ van het verlagen van het aantal valspositieven. Neem bijvoorbeeld de situatie waarin $t = 0,84$ en $v = 0,36$ (de situatie in tabel 2). Om, bijvoorbeeld, v te verlagen van 0,36 naar 0,30 moet op de koop toe genomen worden dat t afneemt tot 0,76.

De ROC-curve laat zien wat de prijs is van stringenter toetsen gericht op een bepaalde afname van valspositieven, namelijk een zekere afname van terecht positieven. Stringenter toetsen impliceert een beweging naar linksonder over de ROC-curve.

¹³ ROC staat voor ‘receiver operating characteristic’. Zie bijvoorbeeld C.E. Metz, ‘Basic principles of ROC analysis’, *Seminars in Nuclear Medicine* 1978, VIII(4), p. 283-298 of J.A. Swets, ‘The science of choosing the right decision threshold in high-stakes diagnostics’, *American Psychologist* 1992, 47(4), p. 522-532.



Figuur 1. Een ROC-curve

2.4. Maatschappelijke weging

De ROC-curve geeft aan wat het kost om de valspositief ratio te verlagen. De vraag is vervolgens: wat is het maatschappelijk gezien waard? Met hoeveel mag de terecht positief ratio maximaal dalen om een bepaalde afname van de valspositief ratio te bereiken?

De maatschappelijke weging van terecht positieven en valspositieven is goed te illustreren aan de hand van medische tests. Het afnemen van een medische test is erop gericht om onderscheid te maken tussen mensen die een bepaalde ziekte hebben en mensen die de ziekte niet hebben. Een terecht positieve testuitslag levert voordeel op voor patiënten, omdat ze baat hebben bij behandeling. Een valspositieve testuitslag levert nadeel op voor de patiënten, omdat ze nadeel ondervinden vanodeloze behandeling. Hoe groter het aantal mensen dat de ziekte heeft, hoe groter de baten van terechte behandeling en hoe kleiner de nadelen van onnodige behandeling, des te groter de waarde van terecht positieven. In dergelijke gevallen zou het de moeite waard zijn om zodanig te testen, dat een punt op het relatief vlakke deel van de ROC-curve wordt gekozen. Andersom geldt dat beter een punt op het steile deel van de ROC-curve kan worden gekozen, indien een betrekkelijk klein aantal mensen de ziekte heeft, de baten bij terechte behandeling betrekkelijk laag zijn en de nadelen van onnodige behandeling juist betrekkelijk hoog zijn.¹⁴

¹⁴ Theoretisch kan het optimale punt op de ROC-curve worden bepaald door te kijken welke combinaties van t

De maatschappelijke weging van valspositieven en valsnegatieven is domeinspecifiek. Op strafrechtelijk gebied wordt vaak verwezen naar de Blackstone-ratio: het is beter dat tien schuldigen worden vrijgesproken dan dat één onschuldige wordt veroordeeld. Dit indiceert dat aan het voorkomen van valspositieven een groot gewicht wordt toegekend. De maatschappelijke weging van valspositieven en valsnegatieven is natuurlijk niet onveranderlijk. Zo heeft de toenmalige Minister van Justitie in 2004 de vraag opgeworpen of die weging in tijden van terroristische dreiging geen heroverweging vergt.¹⁵ Een domein waarop valsnegatieven juist zwaar wegen, betreft verlofbeslissingen bij tbs'ers. Indien ten onrechte wordt geconcludeerd dat iemand geen gevaar meer vormt, kunnen de consequenties aanzienlijk zijn. Bij het beoordelen van de kwaliteit van de gebruikte risicotaxatie, is de ROC-curve een veelgebruikt instrument. Kirstein presenteert een ROC-curve bij de analyse van rechtelijke beslissingen op het domein van het overeenkomstenrecht.¹⁶ Schmidtchen suggereert de toepassing op het domein van het mededingingsrecht.¹⁷ Voortbouwend op die suggestie, zou een verandering in de maatschappelijke weging van de consequenties van valspositieven en valsnegatieven in misbruikzaken moeten leiden tot een beweging over de ROC-curve.

3. Toepassing

In de vorige paragraaf is geschetst hoe een imperfect juridische onderscheidingsvermogen tot uiting komt in een bolvormige ROC-curve. Hoe steiler de curve verloopt, hoe hoger de prijs van het terugdringen van valspositieven. De maatschappelijke weging van valspositieven en valsnegatieven is bepalend voor de keuze van een punt op de ROC-curve. Naarmate het maatschappelijk gewicht van valspositieven groter wordt, gaat de voorkeur uit naar punten die

en v leiden tot de laagste maatschappelijke kosten, waarbij de maatschappelijke kosten bestaan uit de som van de verwachte kosten van valspositieven en valsnegatieven.

¹⁵ J.P.H. Donner, 'Beter tien schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld?', *RMThemis* 2004, afl. 1, p. 14-15.

¹⁶ Roland Kirstein, *Imperfekte Gerichte und Vertragstrue: Eine ökonomische Theorie richterlicher Entscheidungen*, Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag 1999, p. 71.

¹⁷ Dieter Schmidtchen, 'Wettbewerbsschutz durch regelgeleitete Wettbewerbspolitik', *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2006, p. 165-189.

verder ‘linksonder’ op de ROC-curve liggen. Deze paragraaf richt zich, aan de hand van het geschetste analyse kader, op bekende zaken waarin getrouwheidskortingen centraal staan. Aan bod komen achtereenvolgens enkele zaken voorafgaand aan de art. 102-Richtsnoeren, de Richtsnoeren, en enkele zaken na de Richtsnoeren. Getracht wordt om de uitspraken te duiden in termen van de weging van valspositieven en valsnegatieven.

3.1. Hoffmann-La Roche

In *Hoffmann-La Roche* heeft het Hof van Justitie in 1979 de basis gelegd voor de benadering van getrouwheidskortingen.¹⁸ Een kernpassage luidt als volgt:

‘Als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, dan vormt een binding der kopers, in die zin dat zij zich, zij het op eigen wens, verplichten – dan wel beloven – zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, om het even of zulk een verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd. Dit geldt ook wanneer bedoelde onderneming, zonder de afnemers in formele zin een verplichting op te leggen, hetzij krachtens afspraak, hetzij eenzijdig, een stelsel van getrouwheidskortingen toepast, dat wil zeggen een systeem van rabatten, gebonden aan de voorwaarde dat de afnemer zich, om het even of hij veel of heel weinig aankoopt, voor zijn behoeften goeddeels of uitsluitend bevoorradt bij de onderneming die bedoelde machtspositie inneemt.’¹⁹

Deze passage wijst erop dat het afsluiten van dergelijke exclusiviteitsbedingen door dominante ondernemingen altijd misbruik opleveren en dat het niet nodig is om diepgaand te onderzoeken of de mededinging daadwerkelijk of waarschijnlijk wordt beïnvloed.²⁰

Het Hof volgt hier een ‘form-based approach’. Door aan te geven dat een diepgaand onderzoek naar werkelijke of waarschijnlijke effecten niet nodig is, accepteert het Hof een hoge valspositief ratio. Hiermee kiest het Hof een punt op het vlakke deel van de ROC-curve.

¹⁸ Alison Jones, Brenda Sufrin & Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2019 (7e druk), p. 366-367.

¹⁹ HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, punt 86 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*).

²⁰ Anne C. Witt, ‘The European Court of Justice and the more economic approach to EU competition law: Is the tide turning?’, *Antitrust Bulletin* 2019, 62(2), p. 194.

In zaken na *Hoffmann-La Roche* volgt het Hof een overeenkomstige benadering. Een bekend voorbeeld is *Michelin II*. Daarin stelt het Gerecht dat het om schending van art. 102 VWEU vast te stellen ‘volstaat (...) aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben’.²¹ Een identieke uitdrukking is te vinden in *British Airways*.²²

3.2. De art. 102-Richtsnoeren

De aanpak in de lijn van *Hoffmann-La Roche* heeft tot stevige discussie geleid, omdat in deze benadering de effecten van het vermeende mededingingsbeperkende gedrag geen enkele rol speelden.²³ Die discussie is uitgemond in de art. 102-Richtsnoeren. Twee rapporten speelden een cruciale rol in de discussie.

De ‘Economic Advisory Group on Competition Policy’ heeft in juli 2005 een rapport gepubliceerd, waarin een economische benadering van misbruikzaken wordt bepleit. De weging van valspositieven en valsnegatieven speelt een centrale rol in het rapport:

‘(...) the competition authority must balance the likelihood of false positives (condemning a pro-competitive practice in a particular case) and false negatives (allowing a dominant firm to abuse its market power in other cases), as well as the likely magnitudes of the costs for competition of both types of errors.’²⁴

Vlak na het rapport van de EAGCP is, in december 2005, nog een rapport over het onderwerp verschenen, namelijk het ‘DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses’. Een centrale gedachte in het rapport is dat mededingingsbeleid gericht is op consumentenwelvaart en dat beslissingen op een ‘effects-based approach’ gebaseerd moeten worden. In het rapport wordt expliciet aangegeven dat de AEC-test hierbij een rol speelt. Het rapport gaat echter niet in op de weging van

²¹ GvEA EG 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, punt 239 (*Michelin/Commissie*).

²² HvJ EG 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, punt 293 (*British Airways*).

²³ Motta heeft betoogd dat *Michelin II* een belangrijke impuls aan de discussie heeft gegeven. Zie Massimo Motta, ‘Michelin II – The treatment of rebates’, in: Bruce Lyons (red.), *Cases in European Competition Policy: The economic analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 29-49.

²⁴ Rapport van de EAGCP, *An economic approach to article 82*, July 2005, p. 7.

valspositieven en valsnegatieven.

De Europese Commissie heeft in 2009 de art. 102-Richtsnoeren gepubliceerd. In de Richtsnoeren formuleert de Commissie de handhavingsprioriteiten die de Commissie hanteert bij de toepassing van art. 102 op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.²⁵ De strekking is duidelijk: De Commissie wil zich richten op uitsluitingsgedrag dat afbreuk doet aan de welvaart van consumenten (en gedrag dat geen afbreuk doet aan consumentenwelvaart ongemoeid laten).

De publicatie van de Richtsnoeren is te zien als een mijlpaal in de transitie van een ‘form-based approach’ naar een ‘effects-based approach’. Een ‘form-based approach’ heeft, toegepast op de beoordeling van kortingssystemen door dominante ondernemingen, in de kern de volgende structuur: als een onderneming met een dominante positie een kortingssysteem met bepaalde kenmerken toepast, dan wordt dat als misbruik aangemerkt. Een ‘effects-based approach’ voegt daar een stap aan toe: Als een onderneming met een dominante positie een kortingssysteem met bepaalde kenmerken toepast *en* consumenten daardoor worden benadeeld, dan wordt de toepassing daarvan als misbruik aangemerkt. Hoewel het onderscheid tussen beide benadering wel als een dichotomie wordt gepresenteerd, is er veeleer sprake van een continuüm. In welke mate zijn er indicaties nodig dat het kortingssysteem tot nadeel voor consumenten leidt?

3.3. Post Danmark I en II

In 2012 gaf het Hof antwoord op prejudiciële vragen in *Post Danmark I*.²⁶ In dit arrest koos het Hof voor een ‘effects-based approach’. Niet alleen werd consumentenwelvaart als toetssteen gebruikt, bovendien werd verwezen naar de ‘as-efficient competitor test’. Hoewel de strekking van het arrest zeker in lijn is met de meer economische benadering, verwijst het Hof niet expliciet naar de weging van valspositieven en valsnegatieven. Impliciet wordt echter een groot gewicht gehecht aan het beperken van de kans op valspositieven. Dat volgt uit het feit dat expliciet wordt aangegeven dat het belangrijk is om te onderzoeken of het prijsbeleid daadwerkelijk of waarschijnlijk tot uitsluiting leidt.

²⁵ *PbEU* 2009, C 45, 24 februari 2009, punt 5.

²⁶ HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*).

Hoewel met *Post Danmark I* een ‘effects-based approach’ terrein gewonnen leek te hebben, lijkt er nadien weer een kentering opgetreden te zijn. In *Tomra* liet het Hof een formalistische uitspraak van het Gerecht, met formuleringen in lijn met *Michelin II*, in stand.²⁷ In *Post Danmark II* oordeelde het Hof dat de toepassing van het criterium van de even efficiënte concurrent geen noodzakelijke voorwaarde is om vast te stellen dat een kortingsstelsel uit het oogpunt van art. 102 VWEU misbruik oplevert.²⁸ Om misbruik op te leveren moet het mededingingsbeperkende effect ‘waarschijnlijk’ zijn. Commentatoren zien *Post Danmark II* als een stap terug in de ontwikkeling.²⁹ Om een hogere terecht positief ratio te bereiken, wordt een hogere valspositief ratio aanvaard.

3.4. Intel

De *Intel*-zaak biedt vermoedelijk de beste illustratie van de spanning tussen de ‘form-based approach’ en de ‘effects-based approach’.³⁰

In het *Intel*-besluit van 13 mei 2009 heeft de Commissie een boete van € 1 miljard aan Intel opgelegd. De Commissie concludeerde ten eerste dat de voorwaardelijke kortingen die Intel verleende getrouwheidskortingen zijn die voldoen aan de voorwaarden in de jurisprudentie in de zaak *Hoffmann-La Roche*. Ten tweede concludeert de Commissie op basis van een AEC-test dat de door Intel gehanteerde getrouwheidskortingen ‘were capable of causing or likely to cause anticompetitive foreclosure’.³¹ Op 22 Juli 2009 is Intel tegen het besluit in beroep gegaan. Een van de belangrijkste argumenten van Intel was dat de door de Commissie uitgevoerde AEC-test niet tot de conclusie leidt dat de mededinging wordt beperkt. Het Gerecht heeft in zijn arrest van 12 juni 2014 de beschikking van de Commissie in stand gehouden.³² Het Gerecht concludeert dat de door Intel verstrekte kortingen het karakter van exclusiviteitskortingen hebben en dat de kwalificatie van een exclusiviteitskorting als

²⁷ HvJ EU 19 april 2012, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221 (*Tomra/Commissie*).

²⁸ HvJ EU 6 oktober 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, punt 62 (*Post Danmark II*).

²⁹ Zie bijvoorbeeld: James S. Venit, ‘Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2016, 7(3), 165-179, 165.

³⁰ Aldus Pepijn van Ginneken & Gaëlle Béquet, ‘Intel ontleed’, *Markt & Mededinging* 2017, nr. 5-6, p. 172-177. Zie ook J. Blockx, ‘Misbruik van machtspositie: ook bij exclusiviteitskortingen is criterium van de even efficiënte concurrent relevant’, *SEW* 2018, afl. 1, p. 37-41.

³¹ Besluit van de Commissie van 13 mei 2009 in zaak COMP/C-3/37.990 – *Intel* (2009/C-227/07).

³² Gerecht EU 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (*Intel/Commissie*).

misbruik niet afhangt van een analyse van de concrete omstandigheden van de zaak waarmee een potentieel uitsluitingseffect kan worden vastgesteld. Het Gerecht zag daarom geen enkele reden om de effecten van de door Intel gehanteerde kortingssystematiek te onderzoeken. Op 24 augustus 2014 is Intel tegen de uitspraak in beroep gegaan.

Op 6 september 2017 heeft het Hof het arrest van het Gerecht vernietigd.³³ Het centrale punt hierbij was dat ‘het Gerecht bij zijn analyse van de mogelijkheid van mededingingsbeperking door de litigieuze kortingen ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het betoog van Intel waarmee zij opkwam tegen vermeende fouten van de Commissie in verband met het AEC-criterium’. Het Hof heeft de zaak daarom terugverwezen naar het Gerecht.

De beslissing van de Commissie kan worden gezien als eerste poging om niet alleen ‘form-based’ maar ook ‘effects-based’ argumenten in de boordeling mee te nemen. Volgens het arrest van het Gerecht spelen bij de beoordeling van getrouwheidskortingen de effecten op de mededinging echter geen enkele rol. Verschillende commentatoren hebben zich kritisch uitgelaten over het arrest van het Gerecht.³⁴ Het is een stap terug in de transitie van een ‘form-based approach’ naar een ‘effects-based approach’. Het arrest van het Hof, waarin weer wel een rol aan ‘effects-based’ argumenten wordt toegekend, werd vervolgens gezien als de wedergeboorte van de meer economische benadering.³⁵ Het gebruik van getrouwheidskortingen valt niet onder een per-se-verbod, er is veeleer sprake van een weerlegbaar vermoeden.³⁶

Uit het geschetste verloop valt op te maken dat de Commissie een relatief groot gewicht hechtte aan het voorkomen van valspositieven, terwijl het Gerecht juist een relatief groot gewicht hechtte aan het voorkomen van valsnegatieven. Het Hof neemt in feite een tussenpositie in.

³³ HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*).

³⁴ Zie bijvoorbeeld: Roger Van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 373.

³⁵ Giuseppe Colangelo & Mariateresa Maggolino, ‘Intel and the rebirth of the economic approach to EU competition law’, *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2018, 49(6), 685-699.

³⁶ Pablo Ibáñez Colomo, ‘The Future of Article 102 TFEU after *Intel*’, *Journal of European Competition Law and Practice* 2018, 9(5), p. 293-303, 293.

3.5. Post-Intel

In de periode na *Intel* heeft de commissie beslissingen genomen in twee zaken die op getrouwheidskortingen betrekking hebben, namelijk *Qualcomm*³⁷ en *Google Android*³⁸. Die beslissingen zijn in lijn met het *Intel*-arrest van het Hof: de gedachte dat het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik oplevert heeft het karakter van een weerlegbaar vermoeden.³⁹

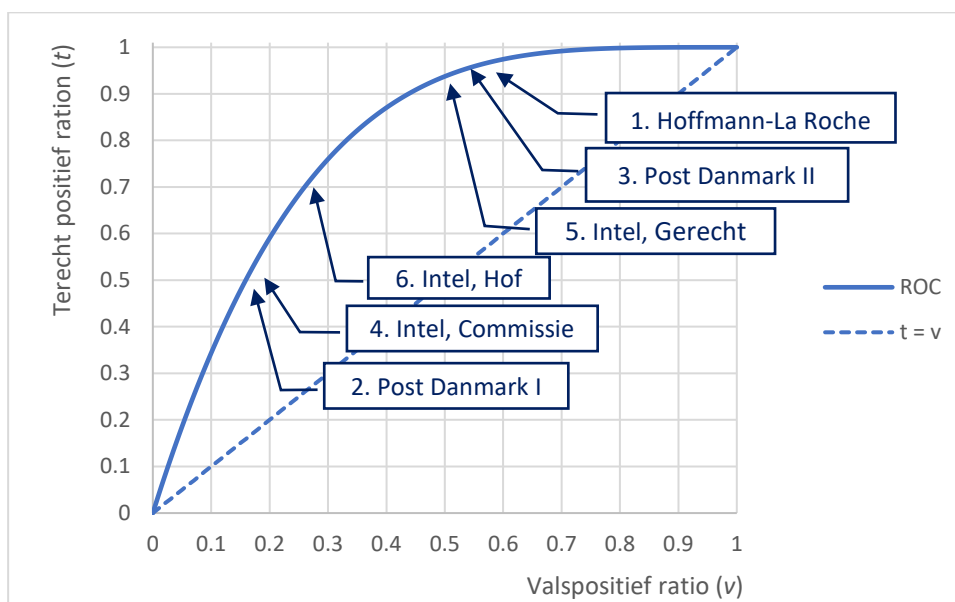
4. Duiding van de ontwikkeling

Wanneer we de hiervoor besproken zaken ten opzichte van elkaar op een ROC-curve proberen te ordenen, dan ontstaat globaal het in figuur 2 geschetste beeld. In *Hoffmann-La Roche*, *Michelin II* en *British Airways* volgde het Hof een ‘form-based approach’. Door aan te geven dat een diepgaand onderzoek naar werkelijke of waarschijnlijke effecten van het gebruik van getrouwheidskortingen door een dominante onderneming niet nodig is, accepteert het Hof een hoge valspositief ratio. Dit impliceert de keuze voor een punt op het betrekkelijk vlakke deel van de ROC-curve. In *Post Danmark I* opteert het Hof veeleer voor een ‘effects-based approach’. Dat leidt tot een punt op het relatief steile deel van de ROC-curve. Ter voorkoming van valspositieven, worden valsnegatieven op de koop toegenomen. In *Tomra* en *Post Danmark II* is een stap terug te herkennen omdat formuleringen uit *Michelin II* en *British Airways* terugkomen. Het besluit van de Europese Commissie in *Intel* ademt juist weer de geest van een ‘effects-based approach’. De Commissie beperkt zich niet tot argumenten die passen in de lijn van *Hoffmann-La Roche* maar hanteert ook een AEC-test om na te gaan of de door Intel gehanteerde getrouwheidskortingen een uitsluitingseffect hebben. Dit betekent dat de Commissie kiest voor een punt op het relatief steile deel van de ROC-curve. Het Gerecht neemt daar expliciet afstand van en grijpt terug op *Hoffmann-La Roche*. Vervolgens geeft het Hof aan dat het Gerecht ten onrechte niet is ingegaan op de argumenten betreffende de AEC-test. Kennelijk is het gebruik van getrouwheidskortingen door een onderneming met een dominante positie niet per definitie verboden. Er is veeleer sprake van een weerlegbaar vermoeden. Daarmee neemt het Hof in *Intel* in zekere zin een tussenpositie in.

³⁷ Besluit van de Commissie van 24 januari 2018 in zaak AT.40220 – *Qualcomm* (2018/C-269/16).

³⁸ Besluit van de Commissie van 18 juli 2018 in AT.40099 – *Google Android* (2019/C-402/08).

³⁹ Massimiliano Kadar, ‘Article 102 and exclusivity rebates in a Post-*Intel* world: lessons from the Qualcomm and Google Android Cases’, *Journal of European Competition Law and Practice* 2019, 10(7), p. 439-447.



Figuur 2. Zaken op de ROC-curve

Om de gedachten te bepalen, plaatsen we de zaken globaal in een figuur met een ROC-curve. Uit het overzicht blijkt dat de Richtsnoeren niet hebben geleid tot een rechte lijnige ontwikkeling waarbij de ‘form-based approach’, conform *Hoffmann-La Roche*, langzaam maar zeker heeft plaatsgemaakt voor een ‘effects-based approach’. Het is veeleer zo, dat er sprake is van een ‘slingerbeweging’ die uiteindelijk wel is geconvergeerd. Er is nu sprake van een weerlegbaar vermoeden dat het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik oplevert. Die beweging en convergentie is te duiden als een beweging over de ROC-curve en, daarmee, aan de weging van valspositieven en valsnegatieven. Die duiding is wel indirect, in die zin dat uitspraken niet expliciet in termen van valspositieven en valsnegatieven zijn gemotiveerd. Veeleer worden uitspraken geformuleerd in termen van hoe getoetst moet worden. De redeneerlijn ligt daarmee dichterbij ‘DG Competition discussion paper’ dan bij het rapport van de EAGCP.

Een benadering volgens welke het gebruik van getrouwheidskortingen een weerlegbaar vermoeden van misbruik oplevert, is vermoedelijk uit welvaartsoogpunt beter dan een niet weerlegbaar vermoeden. Maar het is niet evident dat het beter is dan een aanpak waarbij alleen misbruik wordt aangenomen wanneer bewezen kan worden dat er daadwerkelijk schade voor consumenten ontstaat. Dit punt kan worden geïllustreerd aan de hand van de analyse die

advocaat-generaal Wahl geeft van de categorieën die het Gerecht hanteert in *Intel*.⁴⁰ Het Gerecht maakt onderscheid tussen drie categorieën, namelijk kwantumkortingen, exclusiviteitskortingen en andersoortige kortingen waarbij het mechanisme voor verlening van de korting een getrouwheidsbevorderend effect kan hebben. De eerste categorie, kwantumkortingen, levert in het algemeen geen misbruik op. Het Gerecht beschouwt exclusiviteitskortingen als een ‘supercategorie’ die naar haar aard verboden is. Wahl beargumenteert dat exclusiviteitskortingen niet moeten worden gezien als een aparte en unieke categorie kortingen waarvoor het niet nodig is alle omstandigheden in aanmerking te nemen om te bepalen of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie opleveren.⁴¹ Kortom, een ‘form-based approach’ schiet tekort. Indien voor getrouwheidskortingen een weerlegbaar vermoeden van misbruik geldt maar het in de praktijk bijna ondoenlijk is om het vermoeden te weerleggen, dan is praktisch sprake van een ‘form-based approach’. Met alle inefficiëntie van dien.

5. Conclusie

In dit artikel is een antwoord gezocht op de vraag hoe de weging van valspositieven en valsnegatieven zich heeft ontwikkeld bij de aanpak van getrouwheidskortingen. Bij de beoordeling van de vraag of het gebruik van getrouwheidskortingen in concrete gevallen misbruik oplevert, is het onvermijdelijk dat valspositieven en valsnegatieven optreden. Wie valspositieven wil terugdringen zal op de koop toe moeten nemen dat ook het aantal terecht positieven daalt. Een op de bevordering van welvaart gericht mededingingsbeleid vereist een weging van valspositieven en valsnegatieven. Met de opkomst van de economische benadering van het mededingingsrecht, heeft de Europese Commissie een stap gezet van een ‘form-based approach’ naar een ‘effects-based approach’. Dit omdat bij een ‘form-based approach’ (te) veel valspositieven optreden. Als we kijken naar zaken voor en na de introductie van de meer economische benadering, zien we dan indicaties voor de bedoelde verandering in de weging van valspositieven en valsnegatieven?

⁴⁰ Conclusie van A-G N. Wahl van 20 oktober 2016, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2016:788 (*Intel/Commissie*).

⁴¹ Uitgebreid hierover: J.W. Fanoy & G.J. van Midden, ‘Het Intel arrest: een (aanzelende) aanvaarding van de effects-based-approach bij getrouwheidskortingen’, *MP* 2017, afl. 7/8, p. 45-51 en Nicolas Petit, ‘The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases’, *E.L.Rev.* 2018, 43(5), p. 728-750.

In de ‘form-based approach’ in de lijn van *Hoffmann-La Roche* werd een groot gewicht gehecht aan het voorkomen van valspositieven. Daarbij werd het optreden van valspositieven, al dan niet expliciet, op de koop toegenomen. In de ‘effects-based approach,’ die past bij de meer economische benadering, wordt juist een groter gewicht gehecht aan het voorkomen van valspositieven. Wanneer we kijken naar de ontwikkeling, dan zien we geen lineaire trend. De ontwikkeling is wel geconvergeerd. Er is nu sprake van een weerlegbaar vermoeden dat het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik oplevert. Aan een dergelijke benadering zijn voor- en nadelen verbonden. Het voordeel is dat er geen schaarse middelen hoeven te worden besteed aan het bewijs van misbruik voor zaakstypen waarin er nagenoeg zeker sprake is van mededingingsbeperkend gedrag dat afbreuk doet aan de welvaart. Het nadeel is dat de benadering voor deze categorieën weer heel dicht komt bij een ‘form-based approach’. Een ‘form-based approach’ komt neer op ingrijpen zonder schadetheorie, dat wil zeggen een theorie die een verbinding legt tussen het gedrag van marktpartijen en schade voor consumenten. Ingrijpen zonder schadetheorie gaat onvermijdelijk gepaard met valspositieven.⁴² Deze gedachte past ook bij de conclusie van advocaat-generaal Wahl in *Intel*, volgens welke getrouwheidskortingen niet altijd schadelijk zijn of de mededinging verstoren, zelfs wanneer zij worden aangeboden door ondernemingen met een machtspositie. Kortingen versterken immers de rivaliteit en dat is nu juist de essentie van mededinging. Zo bezien verdient het aanbeveling om de categorie die vermoed wordt misbruik op te leveren zeer klein te houden. Ter verdere beperking van de kans op valspositieven, valt er zelfs veel voor te zeggen indien de Commissie alleen optreedt tegen de toepassing van getrouwheidskortingen indien bewezen kan worden dat deze, gezien alle omstandigheden van het geval, als effect hebben dat de welvaart wordt verlaagd.

⁴² Hans Zenger & Mike Walker, ‘Theories of harm in European competition policy: a progress report’, in: Jacques Bourgeois & Denis Waelbroeck, *Ten years of effects-based approaches in EU competition law*, Brussels: Bruylant 2013, p. 185-209.